

תוכן עניינים

1.....	מבוא.....
	חלק ראשון: המבחנים הכללים לקיומם של יחסי עובד ומעביד
2.....	הצגת הבעיה.....
6.....	המבחנים – כללי.....
6.....	מבחן השליטה.....
7.....	מבחן הקשר האישי.....
8.....	מבחן ההשתלבות.....
9.....	המבחן המעורב.....
	חלק שני: מקרים מיוחדים
10.....	אגודה שיתופית.....
14.....	חבר קיבוץ.....
18.....	מתנדב.....
19.....	משתתף חופשי.....
	חלק שלישי: סיכום: מבחנים לקביעת יחסי עובד-מעביד – מבט
22.....	בקורת.....

מבוא

תכליתם המרכזית של דיני העבודה היא לצמצם את פערי הכוחות המובנים בין העובד למעביד. ההנחה היא כי מקורם של פערי כוחות אלה נובע מעצם יחסי הכפיפות בין העובד והמעביד, ומהתלות הרבה שבין השניים. דוגמה הפוכה לעובד הוא העצמאי, אשר בניגוד לעובד הקשור ביחסי תלות, נתפס כאדם אוטונומי, אשר מבחינה הירארכית, אינו כפוף לאף אחד, ולכן אין צורך להתערב באופן העסקתו. מעבר לכך, אותו אדם בחר מרצונו להשתחרר מהחקיקה המתייחסת לדיני עבודה, ויש לכבד את בחירתו ולהימנע מהסדרת תעסוקתו באמצעות חקיקה.¹

למרות שלכאורה מהאמור לעיל, עולה כי מבחינה עיונית – תיאורטית קיים קו מפריד בין העובד לבין מי שאינו עובד, הרי מבחינה מעשית האבחנה בין העובד למי שאינו עובד מעסיקה את ביהמ"ש ואת הספרות המשפטית עשרות שנים, בשל הקושי לתאר את יחסי העבודה תיאור ממצה.² עוד בתחילת שנות השבעים של המאה הקודמת, דהיינו לפני קרוב ל – 50 שנה, קבע השופט ויתקון בפרשת ולנסי³ בהתייחסו למבחנים בין עובד ומעביד כי "המבחנים אינם מבחינים וההגדרות אינן מגדירות"

הקשיים שהתעוררו באבחנה בין עובד למעביד בעבר, קיימים הלכה למעשה אף היום. הסיבה העיקרית לכך היא הדינמיות של החיים, וההתפתחויות החברתיות אשר גורמים לשינוי מגוון תבניות ההעסקה במשך. אופן ההעסקה של העובדים היום היא רבגונית, והיא יכולה להתבצע בבית במשרד, בחו"ל או בכל מקום אחר. יתר על כן, אדם יכול להיות עובד שכיר כלפי מעביד אחד ועצמאי כלפי מזמין עבודה אחר. רבגוניות זו מקשה על מציאת הגדרה אחידה, אשר תבחין בין עובד לבין מי שאינו עובד, והדבר הביא לכך שבמשך השנים פותחו, נדחקו והוחלפו מבחנים שונים.⁴

כבר בשנות ה – 70 נקבע ע"י ביה"ד לעבודה בעניין ברגר⁵ כי "...המבחן אשר לפיו ייקבע, אם פלוני מעמדו הוא מעמד של "עובד" או של "מפרנס עצמאי", לא יכול שיהא יציב לדורות, קיים בכל הנסיבות, וטוב ליישום לכל המטרות. המסגרת החברתית-כלכלית שבה מתקיימים היחסים שאת מהותם באים להגדיר, מהות העבודה מבחינת תהליכי הייצור ודרכי השירות, האמצעים שלהם מזדקקים, יחסה של החברה לעבודה ול 'עובדי' ומטרת החוק או מערכת החוקים שבהקשר ליישומם באים לקבוע את המבחן – כל אלה גורמים משתנים הם, ועם השינוי, ישתנה המבחן."⁶

בעבר נהגו בתי הדין לעבודה לראות בחלק מהמבחנים שגובשו לצורך האבחנה בין עובד לבין עצמאי "תנאי סף" שהיעדרם שלל הכרה באדם כעובד. תנאי סף אלה כללו את הדרישה לקיומו של קשר חוזי, או

¹ נטע ברק-קורן "זכויות עובדים, זכויות קניין ומה שביניהם: הגנה על שכר עבודה של עובדים עצמאיים" **משפטים** מב 973, 975 (יולי 2012) יצוין כי המאמר יוצא כנגד תפיסה זו וטוען כי יש להחיל חלק מההגנות בחוקי המגן גם על מי שנחשב כעצמאי

² שם עמ' 980

³ ע"א 454/71 יהושע ולנסי נ' פיוניר קונקריט (ישראל) בע"מ, כו(2) 322, 324 (1972)

⁴ ברק-קורן הע"ש 1 לעיל עמ' 981

⁵ דיון (עבודה ארצי) 27-3/לא עיריית נתניה נ' דוד בירגר, ג(1) 177 (1971)

⁶ שם עמ' 181

לקיומו של "מפעל" שבו יועסק העובד, או למתן שכר תמורת העבודה ולביצוע העבודה באופן אישי. מגמה זו פחתה עם השנים, וככל שהתגמשו צורות ההעסקה, הפכו המבחנים שבעבר היו בבחינת "דרישות סף" לחלק ממארג המבחנים הכללי.⁷

כיום יחסי הצדדים נבחנים דרך המבחן הכללי המעורב, שאינו אלא "אגד של מבחני משנה רבים שנועדו לזקק ממערכת היחסים סממנים של יחסי עבודה"⁸

עבודה זו תעסוק בבירור השאלה האם מתקיימים יחסי עובד מעביד בארבעה מקרים פרטיים: הראשון – במערכת היחסים בין חבר אגודה שיתופית לאגודה שיתופית, השני מקרה פרטי של אגודה שיתופית: מערכת היחסים בין חבר קיבוץ לקיבוץ, השלישי – "משתתף חופשי" והרביעי "מתנדב". לבחינת השאלה האם מתקיימים יחסי עובד ומעביד בארבעת המקרים שנימנו לעיל, יוקדם פרק שיעסוק בשאלה מהם המבחנים הכללים שפותחו בפסיקה לצורך אתור יחסי עובד מעביד. לאחר שאתייחס בפרק השני לארבעת המקרים הפרטיים שפורטו לעיל, אדון בחלק האחרון של העבודה בתהיות שונות, המתעוררות ביחס למבחני הפסיקה בעניין החלת דיני העבודה בכלל, ובמקרים הפרטיים שפורטו לעיל בפרט.

חלק ראשון: המבחנים הכללים לקיומם של יחסי עובד ומעביד

הצגת הבעיה

נקודת המוצא של משפט העבודה היא כי יחסי עובד – מעביד אינם נבחנים על פי רצון הצדדים או ההסכמות החוזיות ביניהם, אלא עפ"י המאפיינים המהותיים של ההתקשרות בין הצדדים. משמעותה של נקודת מוצא זו היא, שעל שליטת הצדדים על תוכן ההתקשרות החוזית ביניהם מוטלות הגבלות, הן על ידי חוקים עליהם לא ניתן להתנות כמו חוקי המגן, הן על ידי צווי ההרחבה והסכמים קיבוציים, והן על ידי הלכות הפסיקה המתייחסות להוראות המצויות מכללם בכל הסכם עבודה, כגון החובה לנהוג בתום לב והגינות. נקודת מוצא זו של דיני העבודה מקורה בהנחה, שכבר אוזכרה לעיל, לפיה במרבית המקרים מצוי העובד בעמדת מיקוח חלשה מזו של המעסיק, ולכן אין להתנות על קיומם של יחסי עובד מעביד ועל תחולתם של חוקי המגן ביחסים אלה. מעבר לכך, עפ"י ערכים סוציאליים שעל החברה להגן עליהם עובד אינו "מצרף", ולכן נדרשת התערבות של המחוקק במערכת היחסים של עובד – מעביד, גם לצורך הנחלת ערכים סוציאליים בסיסיים שהחברה בחרה להגן עליהם⁹

ויובהר: "החברה מתערבת באוטונומיה של הרצון הפרטי תוך הגנה על זכויות יסוד, על טוהר מידות,

⁷ נטע ברק קורן הע"ש 1 עמ' 981 הע"ש 24

⁸ שם, שם

⁹ ע"ע (ארצי) 110/10 רפי רופא נ' מרקם סוכנות לביטוח בע"מ (פורסם בבב, 22.12.2011) ע"ע 35-36 לפסה"ד